



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht**

Von der Crone, Hans Caspar ; Gottini, Melanie

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-129825>  
Journal Article

Originally published at:

Von der Crone, Hans Caspar; Gottini, Melanie (2016). Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 88(5):512-525.

## Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht

Hans Caspar von der Crone und Melanie Gottini\*

*During the last two years the Federal Supreme Court issued over 30 company-law cases. The following article discusses two particularly relevant topics of this remarkably rich jurisprudence.*

*A first section deals with cases in which the court had to assess business decisions (in doctrine also referred to as cases of "business judgment rule"). This section provides an in-depth analysis of the three most important pertinent decisions of the Federal Supreme Court, followed by a general discussion of business*

*discretion and directors & officer's liability under Swiss company law.*

*A second section deals with five decisions of the Federal Supreme Court on cases dealing with "Defects in the Organization of the Company" under article 731b Code of Obligations. The reviewed judgements deal with insufficient composition of corporate bodies and with judicial measures in other cases in which a company lacks proper organization.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden
  - 1. Entscheide
  - 2. Bemerkungen
- III. Organisationsmängel
  - 1. Mangelnde Bestellung von Gesellschaftsorganen
  - 2. Gerichtliche Massnahmen bei Organisationsmängeln

### I. Einleitung

Das Bundesgericht hatte sich in den letzten beiden Jahren in über 30 Fällen mit Fragen des Aktienrechts zu befassen. Nachfolgend werden aus dieser bemerkenswert reichhaltigen Rechtsprechung zwei praktisch besonders relevante Fragenkomplexe herausgegriffen: Die Regeln über den Umgang der Gerichte mit Geschäftsentscheiden einerseits und die Rechtsprechung zu den Organisationsmängeln andererseits.

### II. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden

Ein zentrales Thema der aktienrechtlichen Rechtsprechung sind die Regeln über die gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden. Im Kern geht es

dabei um den Kampf gegen den Rückschaufehler:<sup>1</sup> Geschäftsentscheide werden nur dann Gegenstand von Gerichtsverfahren, wenn sie sich als falsch oder unzweckmässig erwiesen haben. Für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit allerdings zählen nicht die Auswirkungen eines Entscheids, sondern dessen Zustandekommen. Wie also kann das Gericht zu einem Zeitpunkt, in dem schon feststeht, dass der Entscheid nicht zum Erfolg geführt hat, feststellen, ob der Verwaltungsrat damals pflichtgemäss gehandelt hat?

In der Lehre wird diese Frage zum Teil unter dem Stichwort der sogenannten Business Judgment Rule diskutiert, manchmal qualifiziert durch den Beisatz «helvetischer Prägung».<sup>2</sup> So einprägsam dieser Begriff sein mag, so verkürzt gibt er die Rechtslage wieder. Den Kampf gegen den «Kurz»-Schluss vom Scheitern auf den Fehlentscheid führen die Gerichte nicht erst seit 30 Jahren. Für das schweizerische Aktienrecht lässt sich vielmehr eine weit zurückgehende Praxis feststellen, nach der sich Gerichte bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Eingehend dazu Vito Roberto/Kristoffel Grechenig, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130/2011 I, 5 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Daniel Brugger/Hans Caspar von der Crone, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2/2013, 178 ff., 182 ff., vgl. insbesondere die Übersicht der Lehrmeinungen, 182 f.

<sup>3</sup> Brugger/von der Crone (Fn. 2), 182.; Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 3/2016, 277–299, 294 sowie Fn. 152. Hans Caspar von der Crone, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, 2 ff., 6 f. insbesondere Fn. 29; Hans Caspar von der Crone, Verantwortlichkeit, An-

\* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und MLaw Melanie Gottini, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

Auf dieser Linie liegen auch drei neuere Entscheide, in denen sich das Bundesgericht mit der Frage des Geschäftsermessens auseinanderzusetzen hatte.

## 1. Entscheide

### 1.1 «Öl-Fall»/BGer 4A\_626/2013 und 4A\_4/2014 vom 8. April 2014

#### 1.1.1 Sachverhalt

Beim Öl-Fall hatte das Bundesgericht im Kern den folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Zweck der D-AG [Zug] war der Handel mit Rohstoffprodukten sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Am 7. Juni 2005 schloss die D-AG als Käuferin mit der F-Limited, Astrachan (Russland), als Verkäuferin einen Kaufvertrag über 144 000 Tonnen Dieselöl zu einem Preis von USD 400 pro Tonne ab (Transaktionswert = USD 57,6 Mio.). Dieses Geschäft wurde nicht vollzogen. Stattdessen wandte sich die D-AG direkt an den Öllieferanten der F-Limited, die H-Limited, ebenfalls Astrachan (Russland). Am 21. Juli 2005 schloss die D-AG mit der H-Limited einen Vertrag über den Kauf von 60 000 Tonnen Dieselöl wiederum zu USD 400 pro Tonne ab (Transaktionswert = USD 24 Mio.). Am 11. August 2005 schloss die D-AG ihrerseits als Verkäuferin einen Kaufvertrag über den Verkauf von 20 000 Tonnen Dieselöl zum Preis von USD 550 pro Tonne an die I-Limited ab (Transaktionswert = USD 11 Mio.).

Am 23. August 2005 schloss die D-AG mit der B-Limited, Guernsey, ein Co-Operation Agreement ab. Danach verpflichtete sich die B-Limited, gegen eine Gewinnbeteiligung von 50% der D-AG auf Abruf Geld zur Finanzierung und Öllieferungen der H-Limited zur Verfügung zu stellen. Die B-Limited überwies in der Folge USD 4 Mio. an die D-AG, welche diese als Vorauszahlung für zwei Lieferungen von insgesamt 10 000 Tonnen Dieselöl an die H-Limited weiterleitete. Die Lieferung allerdings blieb aus. Am 20. September 2005 schloss die D-AG einen weiteren Vertrag mit der F-Limited über die Lieferung von 10 500 Tonnen Dieselöl ab (Transaktionswert = USD 4,2 Mio.). Dabei war ein Betrag von USD 200 000 im Voraus zu bezahlen. Die D-AG wollte mit dieser Ver-

einbarung sicherstellen, dass sie ihre eigenen Verpflichtungen aus dem Weiterverkauf des Dieselöls erfüllen kann. Zugleich sollten mit der Zahlung von USD 200 000 Abwicklungs- und Transportkosten für das vorangehende Geschäft mit der H-Limited abgedeckt werden. Insofern war diese Zahlung also auch ein «Rettungsversuch» für die vorangehende Vorauszahlung von USD 4 Mio. an die H-Limited. In der Folge zeigte sich, dass die D-AG Opfer eines Betrugs geworden ist.

#### 1.1.2 Prozessgeschichte

Nachdem die D-AG gestützt auf Art. 731b OR nach den Vorschriften über den Konkurs liquidiert worden war, liess sich die B-Limited von der Konkursverwaltung gestützt auf Art. 260 SchKG die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit abtreten. Sie klagte gegen die Organe der D-AG auf Leistung von Schadenersatz in der Höhe von USD 200 000. Beide Vorinstanzen, das Kantonsgericht Zug und das Obergericht Zug, hiessen die Klage mit der Begründung gut, die Organe der D-AG hätten es beim Entscheid über die Vorauszahlung der USD 200 000 an der notwendigen Sorgfalt mangeln lassen. Das Bundesgericht dagegen hiess die Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts Zug gut und erkannte auf Abweisung der Verantwortlichkeitsklage.

#### 1.1.3 Begründung

Das Bundesgericht verwies einleitend auf seine ständige Rechtsprechung zur Beurteilung von Geschäftsentscheiden:

*«Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden. Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»<sup>4</sup>*

Ein Interessenkonflikt habe nicht bestanden. Der Entscheid sei in einem einwandfreien und auf angemessener Informationsbasis beruhenden Entscheidprozess zustande gekommen. Die Organe der D-AG

reize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaften, ZSR 119/2000 II, 235 ff., 250 f. insbesondere Fn. 33.

<sup>4</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1.

hätten im Zeitpunkt des Entscheids nicht gewusst, dass ihre Gegenparteien Betrüger seien. Sie hätten sich unter anderem mit mehreren Besuchen in Aserbaidschan im Rahmen des Möglichen um die Informationsbeschaffung bemüht.<sup>5</sup> Die Vorinstanz sei somit zu Unrecht von einem mangelhaften Entscheidprozess ausgegangen und hätte demzufolge

*«das strittige Geschäft rechtsfehlerhaft nicht mit der erforderlichen gerichtlichen Zurückhaltung»* geprüft.<sup>6</sup>

Damit bleibe zu prüfen, ob die Vorauszahlung von USD 200 000 ohne Sicherheiten auf der Informationsbasis der Beschwerdeführer ein *«nicht mehr vertretbarer Geschäftsentscheid»* gewesen sei.<sup>7</sup> Das Bundesgericht setzte sich in diesem Zusammenhang insbesondere mit der Frage auseinander, ob die Organe der D-AG die Vorauszahlung der USD 200 000 von der Leistung von Sicherheiten hätten abhängig machen sollen.<sup>8</sup> Das Bundesgericht kam dabei zum Schluss, die *«Spekulationen [der Vorinstanz] über mögliche Sicherungsmassnahmen überzeug[t]en nicht»*<sup>9</sup>. Die Vertretbarkeit eines Entscheides hänge im Übrigen immer auch von einer Abwägung der Chancen und Risiken ab, die mit einem Geschäft verknüpft seien.<sup>10</sup> Dabei sei insbesondere auch das grosse Interesse der D-AG an der Rettung der Vorauszahlung von USD 4 Mio. an die H-Limited in Betracht zu ziehen.<sup>11</sup>

#### 1.1.4 Wertung

Der Öl-Fall ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Erstens beurteilte das Bundesgericht die Frage nach der Einhaltung der Sorgfaltspflicht konsequent *«nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung»*<sup>12</sup>. Das Obergericht Zug führte in diesem Zusammenhang aus, die vorliegenden Sachverhalte seien mit zwei kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheiden zur Sorgfaltspflicht von Gesellschaftsorganen

vergleichbar.<sup>13</sup> Das Bundesgericht war dezidiert anderer Auffassung.<sup>14</sup> In BGer 4A\_97/2013 war ein Darlehen zu beurteilen, das einzelne Organe einer Aktiengesellschaft eigenmächtig und ohne formellen Entscheid des Verwaltungsrats gewährt hatten, obwohl die eigene Geschäftsleitung darauf hinwies, dass die Gesellschafter der Darlehensnehmerin den schlechten Ruf von *«Gaunern und mehrfachen Konkursiten»*<sup>15</sup> hatten. Im Öl-Fall allerdings stand aufgrund des Beweisverfahrens für das Bundesgericht verbindlich fest, dass die Organe der D-AG im Entscheidungszeitpunkt keine Anzeichen für den Betrug seitens der F-Limited und der H-Limited hatten.<sup>16</sup> Als offensichtlich inadäquat erachtete das Bundesgericht auch den Vergleich mit dem formell ungenügenden, ja weitgehend fehlenden Entscheidprozess im früheren Sachverhalt.<sup>17</sup> Ähnlich schätzte es den Verweis auf BGer 4A\_15/2013 ein, lag diesem doch ein klarer Sachverhalt des Interessenkonflikts zugrunde.<sup>18</sup> Etwas pointiert gesagt, ist dem Obergericht also das Abstellen auf zwei frühere Bundesgerichtsentscheide zum Verhängnis geworden, deren Sachverhalte sich in unmittelbar relevanten Aspekten klar vom Sachverhalt des Öl-Falls unterscheiden. Nach der Einschätzung des Bundesgerichts ging die Vorinstanz *«somit zu Unrecht von einem mangelhaften Entscheidungsfindungsprozess aus und prüfte demzufolge das strittige Geschäft rechtsfehlerhaft nicht mit der erforderlichen gerichtlichen Zurückhaltung»*<sup>19</sup>.

Zweitens stellte das Bundesgericht klar, dass sich die Überprüfung von Geschäftsentscheiden bei aller gebotenen Zurückhaltung nicht auf ein formelles Abhaken von einzelnen Elementen des Entscheidungsprozesses beschränken kann. Ist ein Geschäftsentscheid frei von Interessenkonflikten, formell einwandfrei und auf angemessener Informationsbasis zustande gekommen, so ist Zurückhaltung, nicht aber gänzlicher Verzicht auf seine Überprüfung geboten. Auch nach Feststellung des korrekten Zustan-

<sup>5</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.2 und E. 6.3.1 f.

<sup>6</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.3.2.

<sup>7</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.

<sup>8</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.1 f.

<sup>9</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.2.

<sup>10</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.3.

<sup>11</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.4.3.

<sup>12</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1.

<sup>13</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z1 2012 21 vom 12. November 2013, E. 6.7.

<sup>14</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.1.

<sup>15</sup> BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 4 und E. 5.3.

<sup>16</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.2.

<sup>17</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.1.1.

<sup>18</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.1.2.

<sup>19</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.3.2.

dekommens des Entscheids bleibt zu prüfen, ob allenfalls ein «nicht mehr vertretbarer Geschäftsentscheid»<sup>20</sup> gefällt wurde. Der Aufwand, mit dem das Bundesgericht die Vertretbarkeit prüfte, mag auch auf die prozessuale Ausgangslage zurückzuführen sein. Nachdem das Bundesgericht die Qualität des Entscheidungsverfahrens anders einschätzte als die kantonalen Vorinstanzen, dürfte es sich bei der Begründung des Entscheids einem gewissen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt gesehen haben. Dies ändert allerdings nichts am Ergebnis: So sehr bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung geboten ist, so wenig sollen Gerichte auf eine Plausibilisierung von Entscheiden verzichten müssen. Die negative Fassung dieses abschliessenden Prüfschritts ist nicht Zufall, sondern Programm. Sorgfältiges Entscheiden erschöpft sich nicht in Formalien. Deshalb ist mit dem Nachweis eines formell korrekten Entscheidungsprozesses nicht zwingend auch der Nachweis der sorgfältigen Mandatsausführung erbracht. In aller Regel aber wird der sorgfältig strukturierte Entscheidungsprozess bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung zu einem vernünftigen Entscheid führen. Die abschliessende inhaltliche Gegenkontrolle stellt deshalb negativ die Frage, ob der Entscheid allenfalls trotz formell korrektem Vorgehen inhaltlich nicht vertretbar sei. Im konkreten Fall lässt sich die eingehende Prüfung der Vertretbarkeit durch das Bundesgericht wohl auch als Hinweis auf einen Zusammenhang zwischen der Überprüfung des Entscheidungsverfahrens im ersten Schritt und der Plausibilisierung des Ergebnisses im zweiten Schritt verstehen. Im Kern überprüft das Gericht den Geschäftsentscheid als Ganzes auf seine Vertretbarkeit.<sup>21</sup> Es hat zu sehen und zu verstehen, wie und wieso der Entscheid zustande gekommen ist. Je überzeugender der Entscheidungsprozess gestaltet ist, desto schlanker kann die Überprüfung des Ergebnisses auf eine allfällige Nicht-Vertretbarkeit ausfallen und umgekehrt.

## 1.2 «Abfüllanlage»/BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015

### 1.2.1 Sachverhalt

Im Fall «Abfüllanlage» verkaufte der Verwaltungsrat der F-AG eine Abfüllanlage zum Preis von CHF 26 900 an die G-AG, die unter Mitwirkung von Verwaltungsräten der F-AG gegründet worden war. Ein Aktionär der aufgelösten F-AG machte im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses unter anderem geltend, der Kaufpreis für die Abfüllanlage hätte nicht ihrem Marktwert entsprochen.

### 1.2.2 Begründung

Wie das Bundesgericht vorerst unter Hinweis auf seine ständige Praxis festhielt, ist die Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden nur soweit geboten und gerechtfertigt, als der Entscheid frei von Interessenkonflikten zustande gekommen ist.<sup>22</sup> Liegt ein Interessenkonflikt vor,

«rechtfertigt es sich [...] nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben und lediglich zu prüfen, ob der Entscheid noch im Rahmen des Vertretbaren liegt. Vielmehr reicht es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint.»<sup>23</sup>

Die Vorinstanz habe eingangs ausgeführt, bei der nachträglichen gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden sei Zurückhaltung geboten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings wäre diese Zurückhaltung *in casu* wegen der Interessenverflechtung zwischen der F-AG und der G-AG gerade nicht am Platz gewesen. Entgegen der eigenen Feststellung überprüfte die Vorinstanz den Entscheid über den Verkauf der Abfüllanlage inhaltlich allerdings umfassend.<sup>24</sup> Die unscharfe Darstellung der Rechtslage wirkte sich also nicht auf das konkrete Vorgehen der Vorinstanz aus.

Das Bundesgericht zog unter anderem in Betracht, dass die F-AG ohne Gegenmassnahme noch vor Ende des betreffenden Geschäftsjahrs insolvent geworden wäre. Im Vorfeld des Verkaufs sei der Wert der Abfüllanlage analysiert worden. Dabei habe sich ergeben, dass verschiedene vergleichbare Anlagen

<sup>20</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1 und E. 7.

<sup>21</sup> Vgl. dazu von der Crone/Baum (Fn. 3), 293 f.; Brugger/von der Crone (Fn. 2), 185 ff.

<sup>22</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>23</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>24</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2.



auf dem Markt seien und dass insbesondere die Mineralquelle U-AG seit rund einem Jahr eine Abfüllanlage zum sehr günstigen Preis von CHF 10 000 erfolglos zu verkaufen versucht habe. Auch ein Export der Abfüllanlage sei in Betracht gezogen worden. Dabei hätte ein Kaufpreis von CHF 40 000–50 000 gelöst werden können. Allerdings wären Rückbaukosten angefallen. Zudem wäre mit Forderungen aus der vorzeitigen Aufhebung eines Zusammenarbeitsvertrags zu rechnen gewesen. Der Verkauf der Abfüllanlage an die G-AG zum Preis von CHF 26 900, verbunden mit der Verpflichtung zur Weiterführung des Standorts und zur Übernahme der bestehenden Absatzverpflichtungen, stelle deshalb keine Pflichtwidrigkeit dar.<sup>25</sup>

### 1.2.3 Wertung

Der Entscheid zeigt in exemplarischer Weise die umfassende Prüfung des Entscheids bei Vorliegen eines Interessenkonflikts. Die im Normalfall gebotene und gerechtfertigte Zurückhaltung des Gerichts bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden entfällt. Zwar trägt der Kläger auch in diesem Fall die Behauptungs- und Beweislast für die Pflichtverletzung. Gestützt auf die klägerischen Vorbringen wird das Gericht den Entscheid allerdings inhaltlich umfassend prüfen und sich dabei letztlich die Frage stellen, ob ein unabhängiger, sorgfältig handelnder Dritter ebenso entschieden hätte.

## 1.3 Prämie für Aktienverkauf/BGE 140 III 602

### 1.3.1 Sachverhalt

Die C-AG war Aktionärin der D-SA. Der Verwaltungsrat der C-AG, bestehend aus A, Präsident, und B, Vizepräsidentin, plante den Verkauf der D-Aktien. Im Hinblick auf einen solchen Verkauf fasste der Verwaltungsrat einen Beschluss über die Verwendung des Verkaufserlöses. Danach sollten je 1% des Verkaufserlöses als Prämie an A und B ausbezahlt werden. Nach dem Verkauf der Aktien für CHF 4,4 Mio. erhielten A und B zusätzlich zum Verwaltungsrats honorar je CHF 44 000. Die C-AG verlangte später gestützt auf Art. 678 Abs. 2 OR die Rückzahlung dieser Prämie. Die Vorinstanz hiess die Klage gut. Die Beschwerdeführer machten vor Bundesgericht geltend,

die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise in das Ermessen des Verwaltungsrats eingegriffen.

### 1.3.2 Begründung

Erste Voraussetzung für einen Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 Abs. 2 OR ist ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, der Verkauf von Beteiligungen gehöre zur üblichen Tätigkeit des Verwaltungsrats und sei deshalb bereits durch das Verwaltungsrats honorar entlohnt.<sup>26</sup> Die Prämien entbehrten deshalb offensichtlich einer vernünftigen wirtschaftlichen Begründung. Bei dieser Ausgangslage könne keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz mit der Feststellung, es bestehe ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, in unzulässiger Weise in das Ermessen der Gesellschaft eingegriffen habe.<sup>27</sup>

Art. 678 Abs. 2 OR macht den Rückerstattungsanspruch zusätzlich von einem offensichtlichen Missverhältnis der Leistung zur Lage der Gesellschaft abhängig. Das Bundesgericht stellte in diesem Zusammenhang klar, dass

*«dem Kriterium der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft [...] Bedeutung [...] für das Ermessen [zukommt], das den Gesellschaften zugebilligt wird. Es fällt in die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Gesellschaften, ob sie günstigere oder weniger günstige Varianten bevorzugen oder sich gegenüber ihren Geschäftspartnern grosszügig oder kleinlich zeigen. In dieses Ermessen wollte der Gesetzgeber nicht eingreifen. Sanktioniert wird sowohl bei finanzstarken als auch bei finanzschwachen Gesellschaften nur die Überschreitung des Ermessens. Der Ermessensspielraum ist bei wirtschaftlich guten Verhältnissen aber grösser. Die grosszügige Abgeltung einer Leistung kann bei einer finanzstarken Gesellschaft noch in deren Ermessensspielraum liegen, während darin kein zulässiger Ermessensentscheid, sondern eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft die gewählte grosszügige Abgeltung offensichtlich nicht zulässt.»<sup>28</sup>*

Nachdem die Vorinstanz von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung habe ausgehen dürfen, hätte

<sup>26</sup> BGE 140 III 602, E. 8.1 und E. 8.1.3.

<sup>27</sup> BGE 140 III 602, E. 8.2.

<sup>28</sup> BGE 140 III 602, E. 9.3.1.

<sup>25</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2. f.

«das Kriterium der «wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft» nur von Bedeutung sein [können], wenn diese Lage so gut wäre, dass sich die Höhe der Abgeltung trotz des Missverhältnisses zur Gegenleistung mit Blick auf die gute Finanzlage der Gesellschaft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten rechtfertigen lässt und damit kein Anlass besteht, in das Ermessen der Gesellschaft, die sich grosszügig zeigt, einzugreifen. Dies wäre aber von den Beschwerdeführern geltend zu machen gewesen.»<sup>29</sup>

### 1.3.3 Wertung

Der Entscheid gibt eine klare Antwort auf die alte Streitfrage nach der Bedeutung des «Missverhältnisses [der Leistung] zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft»<sup>30</sup>: Art. 678 Abs. 2 OR schützt danach nicht spezifisch das Kapital der Gesellschaft, sondern allgemein die Integrität der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären und Organen. Die Lage der Gesellschaft ist bloss ein Aspekt, der in die Abwägung mit einfliesst: Ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht, hängt auch von der Lage der Gesellschaft ab.

In einem wichtigen Punkt ist der Entscheid allerdings interpretationsbedürftig. Vorinstanz und Bundesgericht hielten apodiktisch fest, die Zahlung einer Prämie an eine Organperson, die für ihre Tätigkeit bereits entschädigt werde, entbehre einer vernünftigen wirtschaftlichen Begründung.<sup>31</sup> Generalisiert könnte dies zum Schluss verleiten, Art. 678 Abs. 2 OR liesse keine echte Gratifikation («Bonus») zugunsten einer Organperson zu. Eine solche rigide Haltung stünde allerdings im Widerspruch zur arbeitsrechtlichen Praxis, die durchaus Raum für vertraglich nicht geschuldete Zahlungen zur Belohnung besonderer Leistungen lässt.<sup>32</sup>

Für das richtige Verständnis des Entscheids dürfte deshalb dem Aspekt des Interessenkonflikts erhebliche Bedeutung zukommen. Vorliegend hatten sich die beiden Verwaltungsräte der C-AG die Prämie selbst zugesprochen, in Doppelvertretung, mithin in einer besonders augenfälligen Form des Interessenkonflikts. Wäre demgegenüber ein Vergütungs-

schluss aus unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats nach eingehender Prüfung zum Schluss gekommen, die Leistungen von A und B rechtfertigten eine Prämie, hätte das Gericht den Entscheid wohl mit der Zurückhaltung geprüft, die es bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden ganz allgemein an den Tag legt.

## 2. Bemerkungen

Die neueren Entscheide zum Geschäftsermessen schaffen weitere Klarheit über Bestand und Umfang der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht.<sup>33</sup> Zugleich geben sie Anlass zu einigen weiterführenden Überlegungen.

### 2.1 Sorgfaltspflicht

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Verwaltungsrat seine Entscheide im Rahmen eines «einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden [...] Entscheidprozesses»<sup>34</sup> zu fällen. Genügt der Entscheidprozess diesen Anforderungen, so ist Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden geboten: «[...] die Gerichte [haben] sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen [...]».<sup>35</sup>

#### 2.1.1 Geschäftsermessen und Intuition

Die bundesgerichtliche Formel impliziert, die Zurückhaltung sei selbst auferlegt. Ein Blick auf den typischen Entscheidungsprozess in einem Verwaltungsrat lässt allerdings Zweifel daran aufkommen, ob diese Zurückhaltung wirklich frei gewählt ist.

Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft haben vor allem strategische Entscheide unter den Bedingungen der unvollständigen Information zu fällen.<sup>36</sup> Erstens sind den Organen nie alle Informationen zugänglich, die im Entscheidungszeitpunkt theoretisch verfügbar sind:<sup>37</sup> Informationen

<sup>29</sup> BGE 140 III 602, E. 9.3.2.

<sup>30</sup> BGE 140 III 602, Regeste mit Verweis auf E. 9.

<sup>31</sup> BGE 140 III 602, E. 8.2.

<sup>32</sup> Vgl. bspw. BGE 136 III 313; BGE 139 III 155; BGE 141 III 407.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>34</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 6.

<sup>35</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1; BGE 139 III 24, E. 3.2; BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; BGer 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4.

<sup>36</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 581, § 18 N 399.

<sup>37</sup> Beispiel: Informationsvorsprung der Verkäuferin bei einem Unternehmenskauf.

werden zum Teil asymmetrisch verteilt sein, zum Beispiel nur einer Vertragsgegenpartei zur Verfügung stehen. Zudem wird oft schon die schiere Menge von potenziellen relevanten Informationen eine abschliessende Wahrnehmung und Verarbeitung ausschliessen. *Zweitens* hängen die Konsequenzen von Entscheiden von einer Vielzahl künftiger Entwicklungen mit offenem Ausgang ab. Geschäftsentscheide sind Entscheide unter der Bedingung von Risiken.<sup>38</sup> Da der Verwaltungsrat unter unvollständiger Information und Risiko zu entscheiden hat, gibt es im Entscheidungszeitpunkt nicht eine richtige, sondern viele mögliche Entscheidungen. «Entscheiden» heisst deshalb, in mehreren Schritten ausschliessen: Ausgangspunkt ist die Gesamtmenge der theoretisch in Frage kommenden Optionen. Aus dieser Gesamtmenge ist in einem ersten Schritt die Teilmenge der vertretbaren Optionen zu ermitteln. Aus der Teilmenge der vertretbaren Optionen schliesslich ist in einem zweiten Schritt die konkrete Strategie festzulegen.

Die Teilmenge der vertretbaren Strategien kann und muss nach rationalen Kriterien bestimmt werden. Dies deckt sich mit der Forderung des Bundesgerichts nach einem «*einwandfreien, auf angemessener Informationsbasis beruhenden [...] Entscheidungsprozess*».<sup>39</sup> Der Verwaltungsrat kann seine Pflicht zur sorgfältigen Gestaltung des Entscheidungsprozesses auf vielen Wegen und mit vielen Mitteln erfüllen. Trotz dieses Spektrums von Vorgehensweisen wird sich feststellen lassen, was sorgfältiges Entscheiden ist – und was eben nicht. Der erste Schritt des Entscheidungsprozesses ist mit anderen Worten justiziabel. Dabei besteht ein Zusammenhang zwischen den Anforderungen an den Prozess und der Art des Entscheids. Bei «unauffälligen» Entscheiden kann der Entscheidungsprozess schlanker gehalten werden als bei Entscheiden von grosser Tragweite. Das gilt beispielsweise für Entscheide, deren finanzielle Tragweite sich im Verhältnis zur Lage der Gesellschaft in Grenzen hält. Ebenso fallen darunter aber auch blosse Ausführungsentscheide.

Probleme mit der Justiziabilität ergeben sich demgegenüber beim zweiten Schritt, also bei der Auswahl der konkret einzuschlagenden Strategie aus der Teilmenge der vertretbaren Strategien. Gestützt auf die im «*einwandfreien [...] Entscheidungspro-*

*zess*»<sup>40</sup> erarbeiteten Grundlagen, hat der Verwaltungsrat in diesem zweiten Schritt sein Ermessen auszuüben. Dabei hat er sich über die rationale Durchdringung hinaus auf seine Intuition zu verlassen. Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung können diesem intuitiven Aspekt des Entscheidungsprozesses nicht ausweichen. Ihr Mandat impliziert gerade, dass sie unter Ungewissheit und Risiko zu entscheiden haben. So sehr die Sorgfaltspflicht die gründliche Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen gebietet, so sehr verlangt sie, dass anschliessend auch wirklich entschieden wird, und zwar auch dann, wenn sich die Faktenlage nicht weiter klären und das Risiko der verschiedenen strategischen Optionen nicht weiter quantifizieren lässt.

Die Zurückhaltung, die sich Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden auferlegen, ist also nicht selbst gewählt. Vielmehr ist sie Ausdruck einer realistischen Einschätzung der Justiziabilität von Geschäftsentscheiden. Das Aktienrecht verpflichtet den Verwaltungsrat zur rational abgestützten Intuition. Mit der Zurückhaltung bei der Überprüfung anerkennt das Gericht die Unausweichlichkeit, mit der jeder noch so rational abgestützte Entscheidungsprozess in eine auch intuitive Entscheidung mündet.

Bei dieser Ausgangslage handelt der Verwaltungsrat unsorgfältig, wenn er seine Entscheide nicht rational abstützt oder wenn er gestützt auf einen an und für sich tragfähigen Entscheidungsprozess einen nicht mehr vertretbaren Entscheid fällt und damit sein Ermessen überschreitet. Nicht justiziabel ist das Geschäftsermessen, also der intuitive Teil der Entscheidung. Der vorangehende Entscheidungsprozess und die nachgelagerte Gegenkontrolle des Entscheids auf eine allfällige «Nicht-Vertretbarkeit»<sup>41</sup> aber sind einer richterlichen Überprüfung durchaus zugänglich. Der «Öl-Fall» hält dies exemplarisch fest und zeigt dabei zugleich den Zusammenhang zwischen der Qualität des Entscheidungsprozesses und der Tiefe auf, mit der das Ergebnis auf Vertretbarkeit zu prüfen ist.

## 2.1.2 Vergleich mit der Praxis zum Verwaltungsrecht

Auf den ersten Blick erinnert die Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung von Geschäfts-

<sup>38</sup> Risiko im finanzmathematischen Sinn.

<sup>39</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1.

<sup>40</sup> BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1.

<sup>41</sup> Vgl. BGer 4A\_626/2013; 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 7.



entscheiden an die verwaltungsrechtliche «Ohne-Not-Praxis». Nach dieser Praxis hat sich eine übergeordnete Verwaltungsbehörde und erst recht eine Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Entscheiden der untergeordneten Verwaltungsbehörden grosse Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie darf nicht «ohne Not» bzw. «nicht ohne triftigen Grund» in das Ermessen der untergeordneten Verwaltungsbehörde eingreifen.<sup>42</sup> In einem Punkt unterscheidet sich die Ausgangslage bei der Überprüfung von Verwaltungsentscheiden allerdings grundlegend von derjenigen bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Das Verwaltungsverfahren wird in der Regel erst mit dem Ablauf sämtlicher Rechtsmittelfristen abgeschlossen.<sup>43</sup> Die Frage eines Eingriffs in das Ermessen der vorgelagerten Verwaltungsinstanz stellt sich also in einem Zeitpunkt, in dem der Entscheidprozess noch nicht abgeschlossen ist. Rein abstrakt gesehen ist es deshalb nach wie vor möglich, in der Sache neu zu entscheiden. Die Zurückhaltung der vorgesetzten Verwaltungsinstanz beim Eingriff in die Entscheide der unterstellten Instanz ist damit grundsätzlich eine selbst gewählte. Die vorgesetzte Instanz könnte anstelle der ersten Instanz entscheiden, erachtet dies allerdings als nicht zweckmässig. Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dagegen hat das Gericht über einen in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Entscheidprozess zu befinden.<sup>44</sup> Dies allein schon zwingt zur Zurückhaltung bei der Beurteilung des Geschäftsentscheids. Während auch im Nachhinein noch beurteilt werden kann, ob der Entscheid sorgfältig vorbereitet wurde, entzieht sich der intuitive Aspekt des Entscheids der nachträglichen Rekonstruktion. In Kenntnis der nachfolgenden Entwicklungen wird sich kaum mehr feststellen lassen,

wer damals bei gleicher Informationslage wie entschieden hätte.

### 2.1.3 Rechtmässiges Alternativverhalten

Ein Fragezeichen ist deshalb auch hinter die Formel des Bundesgerichts zu setzen, wonach das Gericht ungenügend abgestützte Entscheide oder Entscheide unter Interessenkonflikt frei und umfassend prüfen werde. Zwar scheint es durchaus sachgerecht, dem Verwaltungsrat, der sich nicht um eine genügende prozedurale Abstützung seines Entscheides bemüht hat, die Referenz auf sein Geschäftsermessen zu verwehren. Das ändert aber nichts daran, dass für die Beurteilung der Klage und insbesondere des Schadens die Konsequenzen des tatsächlich gefällten Entscheids mit dem rechtmässigen Alternativverhalten zu vergleichen wären. Dazu aber müsste bestimmt werden können, wie ein idealer Entscheid ausgesehen hätte. Die Krux mit der Intuition dürfte das Gericht in diesem Fall also wieder einholen: Die in Aussicht gestellte, um nicht zu sagen angedrohte «freie bzw. umfassende Prüfung»<sup>45</sup> ist leichter gesagt als getan. Dies gilt jedenfalls für Sachverhalte, in denen ein Mangel im Entscheidungsprozess und nicht der Interessenkonflikt zu beurteilen ist. Bei Interessenkonflikten dagegen dürfte der Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat, in vielen Fällen im Mittelabfluss zur begünstigten Person liegen.

Die Beweislast für die Sorgfaltspflichtverletzung trägt nach den allgemeinen Regeln der Kläger.<sup>46</sup> Er kann den Beweis führen, indem er einen unsorgfältig gestalteten Entscheidungsprozess nachweist oder indem er zeigt, dass der Verwaltungsrat trotz formell korrektem Entscheidungsprozess einen – auch aus damaliger Sicht – nicht nachvollziehbaren Entscheid gefällt hat.

<sup>42</sup> So bspw. BGE 114 V 315, E. 5.a); BGE 116 Ib 270, E. 3.b); BGE 126 V 353, E. 5.d); BGE 130 II 449, E. 4.1; BGE 133 II 35, E. 3; BGE 135 II 296, E. 4.4.3; vgl. dazu auch *Anja Martina Binder*, Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen, *Justice – Justiz – Giustizia* 3/2014, N 1 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 44 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG).

<sup>44</sup> *Brugger/von der Crone* (Fn. 2), 182; *Joachim Frick*, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf. H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 509 ff., 512.

<sup>45</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>46</sup> Art. 8 ZGB; vgl. dazu *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 263 ff.; *Alexander Wherlock/Hans Caspar von der Crone*, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 5/2015, 542 ff., 545; eingehend zur Beweislastverteilung im Zusammenhang mit aktienrechtlicher Verantwortlichkeit *Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger*, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, *GesKR* 4/2012, 607 ff., 626 f.

## 2.2 Treuepflicht

Es bleibt die Frage nach der Treuepflicht. Die der Sorgfaltspflicht vorgelagerte Treuepflicht verlangt die korrekte Abgrenzung der Interessensphären. Vorgelagert ist die Treuepflicht der Sorgfaltspflicht insofern, als Interessenkonflikte Konsequenzen für den Entscheidungsprozess haben.<sup>47</sup> Umgekehrt spielt die Treuepflicht immer dann, wenn – was der Normalfall sein sollte – kein Interessenkonflikt vorliegt, keine eigenständige Rolle. Problematisch sind Interessenkonflikte insbesondere wegen der aufgezeigten limitierten Rationalisierbarkeit des Entscheidungsprozesses. Haben Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ihren Entscheid nach angemessener prozeduraler Vorbereitung letztlich auch intuitiv zu fällen, ist es entscheidend, dass diese Intuition nicht durch zweckfremde Überlegungen geleitet ist.

Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung müssen sich bewusst sein, dass Geschäftsentscheide ungeachtet aller Sorgfalt in der Gestaltung des Entscheidungsprozesses Intuition erfordern. Sorgfältige Geschäftsführung verbindet die Erarbeitung angemessener Entscheidungsgrundlagen, mit der Bereitschaft, unter Ungewissheit und Risiko auch intuitiv zu entscheiden. Weil Interessenkonflikte die Entscheidung insbesondere dort, wo sie nicht mehr weiter rationalisierbar ist, verzerren, impliziert die Treuepflichtverletzung eine Sorgfaltspflichtverletzung. Man könnte dies als eine natürliche Vermutung verstehen. Genauso könnte man sich auf den Standpunkt stellen, es liege eine unmittelbare Verletzung der Sorgfaltspflicht vor: Der Interessenkonflikt kompromittiert die Intuition und damit ein Kernelement des Entscheidungsprozesses.

## III. Organisationsmängel

Von besonderem praktischem Interesse sind auch die Entscheide des Bundesgerichts zu den Organisationsmängeln. Bekanntlich wurden die Rechtsfolgen von Organisationsmängeln anlässlich der Revision des GmbH-Rechts in Art. 731b OR auf den 1. Januar 2008 grundlegend neu geregelt.<sup>48</sup> Die bisherigen ein-

schlägigen Regeln wurden zusammengefasst und einheitlich in einem neuen Artikel geregelt:<sup>49</sup> Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter nach Art. 731b Abs. 1 OR beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Insbesondere kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist, das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR).

### 1. Mangelnde Bestellung von Gesellschaftsorganen

Eine erste Gruppe von Entscheiden zu Organisationsmängeln betrifft Sachverhalte, in denen eine Aktiengesellschaft nicht über die gesetzlich vorgeschriebenen Organe verfügte.

#### 1.1 Ausgangslage

Nach Botschaft und herrschender Lehre liegt ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR vor, wenn ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Organ fehlt oder wenn es nicht richtig zusammengesetzt ist.<sup>50</sup> Das Fehlen oder die falsche Zusammenset-

19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff., 3231; Inkraftsetzung der revidierten Bestimmungen am 1. Januar 2008.

<sup>49</sup> Botschaft (Fn. 48), 3148 ff., 3231 f.

<sup>50</sup> Botschaft (Fn. 48), 3148 ff., 3231; *Peter Lehmann*, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2), Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 4/2007, 420 ff., 422; *Marcel Schönbachler*, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, 60 f.; *Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone*, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 5/2012, 461 ff., 464 f.; *Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 731b OR N 5; *von der Crone* (Fn. 46), § 14 N 15; teilweise a.A. *Wolfgang Müller/Thomas Nietlispach/Silvia Margraf*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 731b OR N 10, betreffend Nichtbestellung einer

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Brugger/von der Crone* (Fn. 2), 182 f.

<sup>48</sup> Botschaft des Bundesrats zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom

zung von bloss statutarisch vorgeschriebenen Organen, wie etwa eines Beirats, fällt nicht unter Art. 731b OR. Für die Aktiengesellschaft sieht das Gesetz als zwingend notwendige Organe die Generalversammlung (Art. 698 ff. OR), den Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR) und die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR) vor. Die Generalversammlung wird allerdings nicht bestellt, sondern einberufen. «Fehlen» im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR kann sie deshalb nicht.<sup>51</sup> Anwendungsfälle der nicht rechtmässigen Zusammensetzung eines obligatorischen Organs sind das Fehlen gesetzlich zwingend vorgeschriebener Mitglieder dieser Organe, wie etwa des Präsidenten des Verwaltungsrats (vgl. Art. 712 Abs. 1 OR und Art. 4 Abs. 4 VegüV), die fehlende Unabhängigkeit oder Befähigung der Revisionsstelle (vgl. Art. 727b und Art. 728 OR) oder die Nichterfüllung der gesetzlichen Wohnsitzerfordernisse gemäss Art. 718 Abs. 4 und Art. 730 Abs. 4 OR.<sup>52</sup>

## 1.2 Pattsituationen und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat

Damit ein Organ seine Aufgaben wahrnehmen kann, muss es nicht nur formell korrekt besetzt, sondern darüber hinaus auch materiell handlungsfähig sein. Ein Organisationsmangel liegt mit anderen Worten schon dann vor, wenn ein Organ nicht handlungsfähig ist. Dies gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere für den Verwaltungsrat, der aufgrund einer Pattsituation unter seinen Mitgliedern ausser Stande ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.<sup>53</sup> Ein Verwaltungsrat kann wegen einer Pattsituation unter seinen Mitgliedern handlungsunfähig werden. In der Lehre ist umstritten, wie gravierend eine Pattsituation sein muss, damit sie zum Organisationsmangel wird.<sup>54</sup> Nach einem Teil der Lehre kann

schon ein Interessenkonflikt die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats in einem als Organisationsmangel zu qualifizierenden Mass einschränken.<sup>55</sup>

### 1.2.1 Hotel-A-AG/BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015

Mit BGer 4A\_717/2014 hat sich das Bundesgericht der soeben erwähnten Ansicht angeschlossen, wonach unter bestimmten Umständen bereits ein Interessenkonflikt im Verwaltungsrat zu einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR führen kann.<sup>56</sup> Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdegegnerin Hotel-A-AG ist eine Aktiengesellschaft, welche hauptsächlich die Verwaltung des Hotels A in Baden bezweckt. Die Beschwerdeführerin B ist Verwaltungsratsmitglied und Aktionärin der Hotel-A-AG. Weitere Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft sind der Präsident C, D und E. D und E sind zudem die (einzigen) Gesellschafter der Kollektivgesellschaft E & Co. Die Hotel-A-AG schloss mit der E & Co. einen Mietvertrag über die Hotel- und Restauranträumlichkeiten ab. Ein knappes Jahr später reichte B Strafanzeige gegen C ein wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB zum Nachteil der Hotel-A-AG im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrags mit der E & Co. In der Folge wurde ein Strafverfahren eröffnet. Sodann stellte B beim Handelsgericht ein Gesuch um Bestellung eines Sachwalters für die Hotel-A-AG zur Wahrung ihrer Rechte im Zusammenhang mit dem Strafverfahren, woraufhin das Handelsgericht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens F als Sachwalter der Hotel-A-AG einsetzte. Gegen diesen Entscheid gelangte die Hotel-A-AG an das Bundesgericht.

Dieses hielt fest, das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR sei unter anderem an die Stelle der früheren vormundschaftlichen Regeln für Aktiengesellschaften getreten. Nach altem Recht habe die Vormundschaftsbehörde zum Beispiel bei Interessenkonflikten zwischen der Gesellschaft und ihren Organen der Gesellschaft einen Beistand bestellen können.<sup>57</sup> Das Bundesgericht dürfte davon ausgegangen sein, dass – nachdem Art. 731b OR die früheren vormundschaftsrechtlichen Regeln ersetzt

statutarisch vorgesehenen Unterabteilung des Verwaltungsrats.

<sup>51</sup> Von der Crone (Fn. 46), § 14 N 16.

<sup>52</sup> Watter/Pamer-Wieser (Fn. 50), Art. 731b OR N 6.

<sup>53</sup> So bereits BGer 4A\_52272011 vom 13. Januar 2012, E. 2.1; BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.2.

<sup>54</sup> Böckli (Fn. 36), § 13 N 491; Müller/Nietispach/Margraf (Fn. 50), Art. 731b OR N 10b; Adrian Plüss, Können Richter Verwaltungsräte absetzen?, AJP 2/2014, 211 ff., 214 f.; Schönbächler (Fn. 50), 98 ff.; Roland von Büren/Walter Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 617; von der Crone (Fn. 46), § 14 N 27; Watter/Pamer-Wieser (Fn. 50), Art. 731b OR N 6; eingehend zum Ganzen Wherlock/von der Crone (Fn. 46), 547 ff.

<sup>55</sup> Schönbächler (Fn. 50), 102.

<sup>56</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2; vgl. auch die Besprechung des Entscheids bei Wherlock/von der Crone (Fn. 46), 542 ff.

<sup>57</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.3.

hat – das Organisationsmängelverfahren auch auf Sachverhalte anwendbar sein müsse, die zuvor Anlass zu einer Verbeiständung hätten geben können. Ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenkonflikt liegt gemäss Bundesgericht nicht nur bei Doppelvertretung vor. Vielmehr genüge es, dass die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Sache deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgten.<sup>58</sup> Vorliegend verfüge die Gesellschaft über keine Organe, welche sie im fraglichen Strafverfahren unabhängig vertreten können, da sämtliche Verwaltungsratsmitglieder ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Strafverfahrens hätten. Das Bundesgericht kam daher zum Ergebnis, die Vorinstanz habe kein Bundesrecht verletzt, wenn sie aufgrund dieser Interessenkonflikte das Vorliegen eines Organisationsmangels bejaht habe, der nur mit der vorübergehenden Einsetzung eines Sachwalters zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen im fraglichen Strafverfahren behoben werden könne.<sup>59</sup>

### 1.2.2 Bemerkungen

Begrüssenswert ist die klare Stellungnahme des Bundesgerichts in BGer 4A\_717/2014, wonach ein Interessenkonflikt im Verwaltungsrat zu einem Organisationsmangel führen kann.

*«Ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenkonflikt liegt nicht nur dann vor, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt, sondern immer dann, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen.»<sup>60</sup>*

Das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR kommt also dann zur Anwendung, wenn der Interessenkonflikt die unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen verunmöglicht. Sachlich richtet sich der Umfang dieses Verfahrens nach dem Ausmass des Interessenkonflikts. Ist nur eine bestimmte Angelegenheit betroffen, so beschränken sich auch das Organisationsmängelverfahren und die resultie-

renden richterlichen Anordnungen auf diese bestimmte Angelegenheit.

Von besonderer Praxisrelevanz ist ferner die Abgrenzung des vorliegenden Sachverhalts von demjenigen der Doppelorganschaft im Konzern. In einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht ausgeführt,

*«dass der Doppelorganschaft im Konzern ein latenter Interessenkonflikt des Organwalters geradezu inhärent [sei]»<sup>61</sup>.*

Die Beschwerdeführerin sah darin den Beleg für eine allgemeine Unbedenklichkeit von Doppelorganschaften. Das Bundesgericht allerdings wies auf die Besonderheiten des Konzernverhältnisses hin:

*«Nachdem [...] die Doppelorganschaft ein in der Konzernpraxis weit verbreitetes Mittel zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Konzernleitung ist, kann der entsprechende Interessenkonflikt keinen Organisationsmangel i.S. von Art. 731b OR darstellen.»<sup>62</sup>*

Diese Abgrenzung ist zu begrüßen. Latente Interessenkonflikte sind eine vom Gesetzgeber gebilligte Realität des Konzerns nach schweizerischem Recht (vgl. Art. 963 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Für sich allein können sie deshalb keinen Organisationsmangel im Sinn von Art. 731b OR darstellen.

### 1.3 Pattsituationen im Aktionariat

Nicht nur im Verwaltungsrat, sondern auch unter den Aktionären kann es zu einer Blockade kommen. Eine solche Pattsituation im Aktionariat kann die Wahl der gesetzlich vorgeschriebenen Organe verhindern. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die mangelnde Bestellung von gesetzlich vorgeschriebenen Organen aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat ein Sachverhalt des Organisationsmangels im Sinn von Art. 731b OR.<sup>63</sup> In zwei jüngst ergangenen Entscheiden hat das Bundesgericht seine einschlägige Praxis vertieft.

<sup>61</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2, mit Hinweis auf BGer 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012.

<sup>62</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>63</sup> BGer 4A\_630/2011 vom 7. März 2012, E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 138 III 166); BGE 138 III 294, E. 3.1.5; BGE 140 III 349, E. 2.1; BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5.

<sup>58</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>59</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>60</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.



### 1.3.1 «AG ohne VR, RS»/BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015

Die Beschwerdeführerin A-AG hält 50% des Aktienkapitals der Beschwerdegegnerin B-AG. Aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat verfügt die B-AG seit der letzten Generalversammlung weder über einen Verwaltungsrat noch über eine Revisionsstelle. Die A-AG verlangte darauf gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR beim Gericht die Einberufung einer Generalversammlung zur Wahl von Verwaltungsrat und Revisionsstelle. Das Gesuch wurde abgewiesen, ebenso die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid. In der Folge gelangte die A-AG an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht wies daraufhin, dass das Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 3 OR an den Verwaltungsrat zu richten sei. Komme der Verwaltungsrat dem Gesuch nicht nach, Sorge der Richter für die Durchsetzung des Einberufungsanspruchs.<sup>64</sup> Gemäss Feststellung der Vorinstanz fehle vorliegend ein Verwaltungsrat, an den das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung zu richten gewesen wäre.<sup>65</sup> Deshalb sei auch Art. 699 Abs. 4 OR betreffend die richterliche Durchsetzung des Rechts auf Einberufung nicht anwendbar. Die mangelnde Bestellung eines obligatorischen Gesellschaftsorgans als Folge einer Pattsituation bzw. Blockade (sog. «Deadlock») im Aktionariat führt vielmehr zu einem Organisationsmangel, der im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 731b OR zu beheben sei.<sup>66</sup> Diese wichtige Abgrenzung von Art. 731b OR und Art. 699 Abs. 4 OR zeichnete sich bereits in zwei publizierten Urteilen ab.<sup>67</sup>

### 1.3.2 «Statutarische Verlängerungsklausel»/BGE 140 III 349

Die Aktien der B-SA werden von A, C und D gehalten, welche gleichzeitig den Verwaltungsrat der B-SA bilden und kollektivzeichnungsberechtigt zu zweien sind. Aufgrund eines Konflikts kam es an der ordentlichen Generalversammlung 2011 zu einem Patt zwischen C einerseits und A und D andererseits. Die Generalversammlung war deswegen nicht beschlussfähig, und die jährlich zu wählenden Verwaltungs-

ratsmitglieder konnten nicht bestellt werden. Zwei der Aktionäre stellten sich auf den Standpunkt, dass die bisherigen Verwaltungsratsmitglieder aufgrund der folgenden Passage aus Art. 15 der Statuten weiterhin im Amt seien:

«*Les membres du Conseil d'administration restent en fonction jusqu'à ce que l'assemblée générale ait procédé à une nouvelle élection ou qu'elle les ait reconduits dans leur fonction.*»<sup>68</sup>

Ein dritter Aktionär gelangte an das Gericht und verlangte die Einsetzung eines Sachwalters.

Das Bundesgericht führte dazu aus, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei anerkannt, dass ein Organisationsmangel gemäss Art. 731b Abs. 1 OR insbesondere dann vorliege, wenn eine unüberwindliche Blockade unter den Aktionären die Wahl eines Organs verhindere.<sup>69</sup> Eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsehe, widerspreche dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu wählen, und sei demnach gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR nichtig.<sup>70</sup>

Das Risiko, dass einer Aktiengesellschaft aufgrund einer Blockade im Aktionariat plötzlich gesetzlich vorgeschriebene Organe fehlen, lässt sich also nicht mit statutarischen Regelungen etwa im Sinn einer automatischen Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten auffangen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nicht nur mit Blick auf die zwingenden Kompetenzzuweisungen innerhalb der Aktiengesellschaft, sondern auch materiell zu begrüssen. Scheitert die Neu- oder Wiederwahl des Verwaltungsrats an einer Pattsituation, spricht die Lebenserfahrung dafür, dass die bisherigen Verwaltungsräte Teil des Problems und nicht der Lösung sind.

## 2. Gerichtliche Massnahmen bei Organisationsmängeln

### 2.1 Ausgangslage

Gemäss Art. 731b Abs. 1 Satz 2 OR kann der Richter insbesondere die in Ziffer 1 bis 3 dieses Absatzes aufgeführten Massnahmen anordnen. Die Rechtsfolge

<sup>64</sup> BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.1 f.

<sup>65</sup> BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.3.

<sup>66</sup> BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5.

<sup>67</sup> BGE 138 III 294, E. 3.1.5; BGE 140 III 349, E. 2.1.

<sup>68</sup> BGE 140 III 349, Sachverhalt A.

<sup>69</sup> BGE 140 III 349, E. 2.1.

<sup>70</sup> BGE 140 III 349, E. 2.6.



ist also in ein weit abgestecktes Ermessen des Gerichts gestellt.<sup>71</sup> Vor diesem Hintergrund ergingen die zwei nachfolgenden Urteile des Bundesgerichts.

## 2.2 Rechtsprechung

### 2.2.2 «Ärztliche Notfallpraxis»/BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015

Die B-AG (Gesuchs- und Beschwerdegegnerin) betreibt in Luzern eine ärztliche Notfallpraxis. Ihre Aktien werden zu je 50% von den seit Frühling 2014 zerstrittenen Eheleuten A (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin) und C gehalten, die zugleich den Verwaltungsrat der Gesellschaft bildeten. Die beiden Aktionäre sind sich unter anderem über die Besetzung des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle der Gesellschaft uneinig. Seit dem 14. August 2014 sind im Handelsregister als Verwaltungsräte C (einzelnzeichnungsberechtigt) und A (ohne Zeichnungsberechtigung) eingetragen. An der ordentlichen Generalversammlung vom 26. August 2014 wurden jedoch beide Ehegatten nicht mehr als Verwaltungsräte bestätigt. Auch die bisherige Revisionsstelle E-AG wurde nicht mehr wiedergewählt. In der Folge ersuchte die Ehefrau A gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR beim Bezirksgericht, die bisherigen Verwaltungsratsmitglieder im Handelsregister löschen zu lassen, F als Sachwalter und eine neue Revisionsstelle einzusetzen. Der Ehemann C beantragte demgegenüber die Abweisung des Gesuchs und eventuel-  
liter auf seine Einsetzung als einziges Verwaltungsratsmitglied. Das Bezirksgericht setzte C als einzigen Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift ein und ernannte die bisherige E-AG als Revisionsstelle. Ausschlaggebend waren das Know-how und die Erfahrung des Ehemanns C in der Medizinalbranche im Allgemeinen und in der ärztlichen Notfallpraxis im Speziellen. Die zweite Instanz bestätigte dieses Urteil weitgehend. Daraufhin erhob A Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, Art. 731b Abs. 1 OR gebe dem Gericht einen Ermessensspielraum, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls angemessene und verhältnismässige Massnahme treffen zu können.<sup>72</sup> Bei den in den Zif-

fern 1 bis 3 von Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handle es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog. Das Gericht könne auch eine nicht gesetzlich typisierte Massnahme anordnen, wie z.B. die Abberufung von Verwaltungsräten oder die Einberufung einer Generalversammlung.<sup>73</sup> In einem früheren Urteil habe das Bundesgericht für den Fall einer blockierten Zweipersonenaktiengesellschaft auf die Möglichkeit einer Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung hingewiesen.<sup>74</sup> Die Einsetzung von C sei mit den zu Art. 731b OR entwickelten Grundsätzen nicht unvereinbar. Da die Vorinstanz alle für und gegen C sprechenden bzw. vorgetragenen Argumente einbezogen und abgewogen habe, könne ihr kein Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden. Der Entscheid wirke auch nicht geradezu stossend ungerecht oder offensichtlich unbillig. Ob die Schlussfolgerungen der Vorinstanz auch angemessen seien, liege nicht in der Prüfständigkeit des höchsten Gerichts. Falls sich der «Deadlock» bei der Beschwerdegegnerin auch in Zukunft nicht auflösen werde, hätten die Luzerner Gerichte jedenfalls auch alternative Massnahmen in Betracht zu ziehen.<sup>75</sup>

Das Bundesgericht unterstreicht in seinem Entscheid den Ermessensspielraum, den Art. 731b Abs. 1 OR den Gerichten zugesteht, damit diese dem Einzelfall angemessene und verhältnismässige Massnahmen treffen können. So heterogen sich die möglichen Konstellationen des Organisationsmangels präsentieren,<sup>76</sup> so breit ist das Spektrum der möglichen gerichtlichen Anordnungen nach Art. 731b OR. Konsequenz ist vor diesem Hintergrund auch die Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung vorinstanzlicher Ermessensentscheide.

<sup>71</sup> Schönbächler (Fn. 50), 187.

<sup>72</sup> BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3.

<sup>73</sup> BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3, mit Hinweis auf BGer 4A\_161/2013 vom 28. Juni 2013 und BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015.

<sup>74</sup> BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3, mit Hinweis auf BGE 138 III 294; eingehend dazu Trautmann/von der Crone (Fn. 50), 461 ff. (mit weiteren Hinweisen auf mögliche Massnahmen bei Pattsituationen); vgl. zu einer solchen Versteigerung auch von der Crone/Baum (Fn. 3), 278.

<sup>75</sup> BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.5.3.

<sup>76</sup> Vgl. dazu vorne III.1.

### 2.2.2 «Widerruf Konkurs»/BGE 141 III 43

Das Handelsregisteramt beantragte dem Gericht, es seien gegenüber der A-AG wegen Fehlens der Revisionsstelle die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR zu ergreifen. Das Gericht forderte die A-AG auf, zum Gesuch des Handelsregisteramts Stellung zu nehmen und den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen, unter Androhung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft im Säumnisfall. Da diese Verfügung der A-AG nicht zugestellt werden konnte und die A-AG auch nicht auf die Publikation im Amtsblatt reagierte, ordnete das Gericht die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation gestützt auf Art. 731b OR an. Die A-AG beantragte in der Folge den Widerruf des Konkurses in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG und die Wiedereintragung in das Handelsregister mit der Begründung, sie hätte alle Forderungen der Gläubiger beglichen und den Organisationsmangel behoben.<sup>77</sup>

Das Bundesgericht führte dazu aus, die Lehre sei sich einig darüber, dass ein Konkursverfahren, welches vom Richter nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet worden sei, nicht gestützt auf Art. 195 Abs. 1 SchKG widerrufen werden könne. Denn die Durchführung des Konkursverfahrens beruhe diesfalls nicht auf einem Konkurs, sondern auf einem richterlichen Auflösungsentscheid. Es habe mithin nie eine Konkurseröffnung durch ein Konkursgericht stattgefunden, welche widerrufen werden könnte.<sup>78</sup> Sodann hielt das Bundesgericht fest, der Auflösungs-

entscheid werde mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit – unter Vorbehalt einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO – unwiderrufbar.<sup>79</sup> Es sei anzunehmen, dass der Gesetzgeber die nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids stillschweigend ausgeschlossen habe.<sup>80</sup> Somit liege keine Gesetzeslücke vor, und für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG bestehe kein Raum.<sup>81</sup> Schliesslich stehe dieses Ergebnis auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Organisationsmängelverfahren, wonach die Auflösung der Gesellschaft nur als *ultima ratio* in Betracht komme (Verhältnismässigkeitsprinzip). Demnach müsse der Auflösungsentscheid mit Eintritt der formellen Rechtskraft definitiv sein.<sup>82</sup>

Im vorliegenden Leitentscheid äusserte sich das Bundesgericht erstmals ausdrücklich zur Frage, ob ein gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ergangener Auflösungsentscheid in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG widerrufen werden kann, wenn der Organisationsmangel nachträglich behoben wurde. Mit überzeugender Begründung verneinte er diese Frage schliesslich in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre. Mit einer blossen Vogel-Strauss-Strategie kann man dem Organisationsmängelverfahren also nicht entgegentreten, und man tut gut daran, die gerichtliche Aufforderung zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes ernst zu nehmen, bevor es zu spät ist.

<sup>77</sup> BGE 141 III 43, E. 2.

<sup>78</sup> BGE 141 III 43, E. 2.3.2.

<sup>79</sup> BGE 141 III 43, E. 2.5.2.

<sup>80</sup> BGE 141 III 43, E. 2.5.3.

<sup>81</sup> BGE 141 III 43, E. 2.5.5.

<sup>82</sup> BGE 141 III 43, E. 2.6.